

Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls,
vol II, Universidad de Alicante, 2000. pp.
843 - 861.

LA FAMILIA MULTICULTURAL: ENTRE EL CONFLICTO DE CIVILIZACIONES Y EL SERVICIO A LA PAZ ENTRE LOS PUEBLOS

Lydia Esteve González

Aurelio López-Tarruella Martínez

Manuel E. Morán García

Profesores de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Factores que contribuyen a la constitución de familias multiculturales. 3. La familia multicultural y el conflicto de civilizaciones. 4. La familia multicultural como factor de promoción de la paz entre los pueblos. 5. El papel del Derecho internacional privado. 6. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

Nuestra sociedad —además de sociedad de la información, de la comunicación, etc.— es una sociedad migrante y este hecho nos sitúa ante el reto del diálogo intercultural, ante una nueva forma de entender las relaciones entre los pueblos. Desde luego, el desplazamiento de personas a través de las fronteras políticas no es un fenómeno nuevo; al contrario, lo que J.A. Carrillo Salcedo describiera como «sentido ecuménico de la vida humana en relación» constituye una constante histórica¹. No obstante, hay razones objetivas y argumentos valorativos para concluir que los movimientos migratorios poseen hoy en día una dimensión no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente diferente. Hasta ahora, las alternativas en presencia ante el fenómeno de

¹ Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1981, pp. 19 y ss.

lo extranjero, de la otra cultura en contacto con la propia, venían reduciéndose, primero, a la conquista; segundo, a la separación de comunidades sobre la base de la coexistencia o la segregación; tercero, a la asimilación². ¿Qué es, entonces, lo peculiar de nuestro tiempo y de nuestras sociedades? Posiblemente, la circunstancia de que el ansia de sedentarización, rasgo característico de la gran migración actual, haya traído consigo la conciencia —al menos en ciertas conciencias— de lo positivo que la eventual edificación de una sociedad multicultural encierra en sí misma.

Parece existir un acuerdo en que el momento cultural de hoy se ha instalado en el relativismo individualista como valor³. La vieja cultura occidental, heredera del racionalismo ilustrado, se cimentaba en la creencia de una verdad universal y en la posibilidad de descubrirla usando la razón. Por contra, para lo que se ha dado en llamar «el pensamiento postmoderno», la pluralidad de planos en los que se desenvuelve la realidad humana es irreductible y lo único que se puede hacer es convivir con ella. Es en este marco histórico en el que cabe contemplar la irrupción de la familia multicultural, no como un fenómeno aislado, sino como una expresión más del advenimiento de una nueva sociedad, caracterizada por la diversidad.

En el campo de las relaciones personales, dicha diversidad se traduce en una pluralidad de modelos de organización familiar: la familia tradicional, la denominada «familia mecano», la familia homosexual, la familia multicultural⁴... Es esta última la que constituye el objeto del presente trabajo, por plantear determinados problemas específicos que están en el centro de la reflexión actual acerca del Derecho internacional privado (en adelante, D.i.pr.). Si, por un lado, la familia multicultural puede ser vista como un caldo de cultivo para el llamado «conflicto de civilizaciones»; por otro, también es posible contemplarla como un factor de interrelación y conocimiento entre distintas culturas que son fruto de una misma humanidad, como una forma de acercamiento a otros valores, como un factor de paz, en definitiva.

Afortunadamente, uno no sólo recibe de sus maestros, compañeros e incluso alumnos universitarios una instrucción estrictamente académica, sino también ciertas clases magistrales de formación humana. Una de las lecciones que quienes estas líneas suscribimos hemos aprendido entre estas paredes es aquella que plantea la necesidad de adoptar una línea de pensamiento que se podría calificar como positivo. No se

2 Vid. CARLIER, J.-Y., «De Schengen à Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille», en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 131 a 151, esp., pp. 133 y ss.

3 Vid. JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, en adelante *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 13 a 267, esp., pp. 33 a 35; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Postmodernismo y derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, (en adelante *R.E.D.I.*), 1994, pp. 557 a 585, esp., pp. 557 a 566.

4 Vid., VERDÚ, V., «Nuevos amores, nuevas familias», *El País Semanal*, 5 de mayo de 1996, pp. 202 y 203.

trata del viejo litigio entre pesimistas y optimistas. No se trata de la evocadora imagen de la botella medio vacía o medio llena. Nuestra intención es más bien extraer las virtudes que la misma puede encerrar, incluso a partir de la conciencia de la mala calidad de la bebida (léase, el carácter dramático que, en la mayoría de las ocasiones, reviste el conflicto social). Así, por ejemplo, puede que en torno a la botella se conciten esfuerzos para incidir sobre la realidad, en lugar de plegarse a lo que se supone son sus ineludibles requerimientos o, simplemente, negarla o huir de ella. Si las leyes que gobiernan el mundo de la ciencia son inmutables —por mucho que se discuta, la gravitación universal está ahí y, sea políticamente correcta o no, a nadie se le ocurre enmendarla— no sucede lo mismo con el mundo de los hombres, de las relaciones humanas, cuya reglamentación —estamos entre juristas— depende, en gran medida, de un impulso teleológico.

Desde estos sencillos presupuestos, nos interesa destacar en las páginas que siguen el papel que puede jugar el D.i.pr., por algo llamado «Derecho de la tolerancia», como instrumento de defensa de la familia multicultural. Para ello, superado este planteamiento, comenzaremos con una sencilla exposición de los factores que contribuyen a la formación de las familias multiculturales (II.); a continuación se exponen dos visiones fundamentales acerca del fenómeno: la familia multicultural como desencadenante del llamado conflicto de civilizaciones (III.) y la familia multicultural como factor de promoción de la paz entre los pueblos (IV.); el trabajo prosigue con unas consideraciones en torno al papel que puede jugar el D.i.pr. en favor de una de dichas visiones (V.) y finaliza con unas conclusiones que, más que cerrar el tema, persiguen abrir caminos a la reflexión más profunda.

2. FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA CONSTITUCIÓN DE FAMILIAS MULTICULTURALES

Los factores que contribuyen a la multiculturalidad de la familia pueden sintetizarse, desde el punto de vista de un determinado Estado, en endógenos y exógenos.

El factor endógeno viene representado por la presencia de minorías —de base nacional, étnica, religiosa, lingüística, etc.— dentro de un Estado. Traducción política del racionalismo, la idea estatal se sitúa en el centro de las críticas del pensamiento postmoderno y provoca, por vía de reactiva, la elevación de la identidad cultural del individuo o del grupo en el que se siente integrado a categoría de valor fundamental. La defensa de ese particularismo, como expresión de una pluralidad que la concepción totalizadora del Estado pretende desconocer, convierte a las minorías en auténticas naciones dentro de la organización estatal. En este sentido, el caso español puede ser paradigmático, tanto si tenemos en cuenta el reconocimiento constitucional de los Derechos forales y los desarrollos normativos que, especialmente en el campo de las relaciones familiares y sucesorias, han acometido las respectivas comu-

nidades autónomas⁵; cuanto si contemplamos, desde la perspectiva de la pluralidad religiosa —también constitucionalmente garantizada—, el reconocimiento de ciertos matrimonios celebrados en forma religiosa distinta de la católica⁶.

El factor exógeno tiene su expresión más actual en los fuertes movimientos migratorios que se producen desde las zonas deprimidas hacia las islas de bienestar —Europa Occidental y Estados Unidos, fundamentalmente— y que son tierra fértil para los conflictos entre visiones del mundo supuestamente inconciliables. Es esta segunda clase de multiculturalidad la que nos interesa particularmente en esta sede y a la que dedicaremos especial atención. En primer lugar, porque pone en contacto distintos ordenamientos jurídicos y es campo abonado para la aplicación del D.i.pr. En segundo término, ello no supone que la multiculturalidad de raíz endógena carezca de importancia. Al contrario, precisamente porque la tiene y exige una metodología —la propia de los llamados «conflictos de leyes internos»— distinta de la del D.i.pr., su estudio excede de los límites de este trabajo⁷.

3. LA FAMILIA MULTICULTURAL Y EL LLAMADO CONFLICTO DE CIVILIZACIONES

El simple hecho de traspasar una frontera no implica que se produzca una inmediata asimilación o integración de los emigrantes a la cultura del país receptor. Al

5 Vid., *ad exemplum*, el Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña; la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco y la Ley 4/1995, de la Comunidad Autónoma de Galicia, de Derecho Civil de Galicia.

6 Vid., la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (todas publicadas en el B.O.E. n.º 272, de 12/11/1992). Asimismo resulta de interés la Instrucción de 19 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre la inscripción en Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (B.O.E. n.º 47 de 24/02/1993).

7 Aunque la concepción amplia del D.i.pr. sigue siendo compartida por buena parte de la doctrina española y por la mayoría de la francesa, en estas páginas se defenderá, sin embargo, una concepción estricta del D.i.pr. Según la misma, el ámbito de actuación de la disciplina se reduce al de las relaciones jurídicas surgidas entre personas que actúan *iure gestionis*, siempre que dicha actuación supere las fronteras de lo doméstico. Ello circunscribe el contenido de la disciplina a tres cuestiones fundamentales: competencia judicial internacional, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras. Quedan, por tanto, fuera del contenido del D.i.pr. —y del estudio en curso— el análisis de la condición jurídica del no nacional o Derecho de extranjería y la denominada dimensión interna del sistema de D.i.pr. Sobre las distintas concepciones —estricta, intermedia y amplia— acerca del contenido del D.i.pr., vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 90 a 112.

contrario, el recién llegado trae su lengua, sus costumbres, su religión y, por ende, su propia idea de la institución familiar. Como fenómeno cultural, el derecho aparece afectado por la concepción que del mundo y de las relaciones humanas posee cada pueblo. En especial, el derecho de familia resulta fuertemente influenciado por las concepciones religiosas⁸. Por ello, esta sección del presente estudio no puede prescindir de un análisis que ponga en contacto, por un lado, la dimensión religiosa del objeto del mismo⁹ y, por otro, las repercusiones que dicha dimensión poseen sobre los sistemas jurídicos. Una simplificación, seguramente burda, pero necesaria, tanto por razones expositivas cuanto por motivos de espacio, permite establecer una clara distinción entre los ordenamientos jurídicos laicos (A.) y aquellos otros de base confesional (B.); distinción que tiene una obvia transcendencia en el campo que estamos tratando y que está en la base del llamado conflicto de civilizaciones (C.).

A. La tendencia a la configuración de un Derecho de familia laico en los países de la órbita occidental

Que las exigencias del Derecho y de la religión se mueven en planos diferentes puede parecer hoy y aquí una obviedad. No obstante, en este planteamiento se encierra una de las conquistas irrenunciables del Estado de Derecho, la libertad religiosa, que sólo queda garantizada por el carácter laico del Derecho. En el campo del Derecho de familia, esta separación entre lo jurídico y lo religioso tiene su expresión en dos tendencias claras: la fragmentación de las distintas materias en él integradas y la territorialidad¹⁰.

La fragmentación implica una calificación y un régimen jurídico propios para cada una de las instituciones del Derecho de familia. En el D.i.pr., esta tendencia posee una clara manifestación en la llamada técnica de mosaico o *depeçage* técnico, es decir, aquél a que está compelido el aplicador del derecho por el propio tenor de las normas de conflicto. Así, por poner un ejemplo, el matrimonio no posee un régimen conflictual unitario sino que hay que distinguir y tratar separadamente diferentes aspectos: capa-

8 Vid. DÉPREZ, J., «Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques: les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *R. des C.*, t. 211, 1988-IV, pp. 11 a 372.

9 Vid. AA.VV., *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997. Varios foros de trabajo se han abierto con esta perspectiva, *v. gr.*, el Congreso de Teología sobre inmigración y cristianismo, celebrado este año en Madrid, *vid. El País* de 15 de septiembre de 1997, concretamente la entrevista a Teresa de Borbón Parma, «El intercambio cultural es la vida de una civilización»; *ibid. El País* de 18 de septiembre de 1997, «...Bajo el lema *Melilla por la tolerancia*, representantes de las comunidades hindú, musulmana, cristiana y judía abogaron por el entendimiento y el respeto entre las distintas creencias».

10 Vid. GANNAGÉ, P., «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales», *R. des C.*, t. 164, 1979-III, pp. 339 a 423, esp., pp. 348 y ss.

cidad para contraer, formas de celebración, efectos, etc. Ello implica la posibilidad de que cada uno de dichos aspectos quede sometido a un Derecho distinto, con lo que pueden aparecer problemas de adaptación entre las diferentes leyes reguladoras.

En cuanto a la territorialidad, segunda de las tendencias apuntadas, suele aparecer como trasunto de la necesidad de preservar la unidad y homogeneidad de la regulación autónoma frente a los valores implícitos en otros sistemas jurídicos¹¹. Su traducción conflictual consiste bien en el predominio de la conexión domiciliar o de la residencia habitual frente a los efectos perturbadores de la nacionalidad, criterio éste favorable a la aplicación del estatuto personal del emigrante; bien en la utilización pura y dura del correctivo funcional de orden público —en menor medida, del reen-vío— frente a las culturas total o parcialmente diferenciadas¹².

B. La influencia de las concepciones religiosas en el Derecho de familia de los sistemas jurídicos de base confesional

No obstante el panorama anteriormente dibujado, la separación entre religión y Derecho ni ha sido una constante histórica —y en nuestro país sabemos bastante de ello— ni es un fenómeno espacialmente universal. En particular, el Estado confesional, comprometido en la defensa de la ortodoxia familiar tanto en las relaciones internas cuanto en las internacionalizadas, es una manifestación de la existencia de sistemas jurídicos decisivamente impregnados por consideraciones de tipo religioso que, en no pocas ocasiones, acaban por entrar en conflicto con los principios organizadores de los sistemas laicificados. Dos tendencias caracterizan, *grosso modo*, estos ordenamientos confesionales: la indivisibilidad del régimen jurídico familiar y la aplicación absoluta de la ley religiosa.

La indivisibilidad es consecuencia lógica de la impronta religiosa que presenta el Derecho de familia. Ello implica una defensa a ultranza de los dictados del propio sistema frente a cualquier tipo de contaminación externa. Sus traducciones más evidentes en el campo del D.i.pr. son la plena correspondencia entre autoridad internacionalmente competente y derecho aplicable —identidad *forum-ius* que no se establece como garantía de eficacia sino como instrumento de defensa de la doctrina religiosa— y el rechazo al *depeçage*, o fraccionamiento¹³.

11 Los argumentos que se suelen esgrimir se centran en el peligro de que se implanten en el foro costumbres ajenas, tales como el patriarcado, que nada tienen que ver con el respeto a otras culturas. En este sentido, Vid. DÉPREZ, J., *op. cit.*, p. 166.

12 Fue precisamente la idea de que España poseía una «civilización parcialmente diferenciada» respecto de la francesa la que llevó al Tribunal Grande Instance de Toulouse, en su sentencia de 5 de junio de 1984, a privar de la custodia de los hijos a una ciudadana española en favor del cónyuge francés. La resolución del tribunal galo llevaba aparejada, además, la prohibición expresa de trasladar a los menores fuera de Francia con ocasión del ejercicio del derecho de visita que fue reconocido a la madre.

13 Vid. GANNAGÉ, P., «La coexistence...», *op. cit.*, pp. 350 a 352.

El absolutismo es otro de los rasgos que antes señalábamos como característicos de un Derecho confesional. Lógicamente, un sistema que se presenta como cerrado y perfecto en sí mismo, debe propugnar una concepción personalista a ultranza de los estatutos jurídicos. Esencialmente, un sistema confesional no debería aplicarse más que a aquellos que comparten una determinada fe religiosa. Sin embargo, en los Estados confesionales, se produce una combinación de personalismo *ad intra* y territorialismo *ad extra*, de modo que el régimen jurídico-religioso se extiende al resto de sujetos, no en su condición de regla religiosa, sino como norma jurídica¹⁴.

C. La reacción de los sistemas de D.i.pr. ante el conflicto de civilizaciones

Como acabamos de ver, junto a las esencialmente laicificadas sociedades multiculturales occidentales perviven sistemas jurídicos fuertemente impregnados por consideraciones de tipo religioso que, en no pocas ocasiones, acaban por entrar en conflicto con los sistemas laicos. Se trata de un terreno propicio para el estudio de una noción, la de conflicto de civilizaciones, central en la discusión en torno al D.i.pr. de nuestros días¹⁵.

Es bien conocido que el D.i.pr. nace y evoluciona en el seno de una misma civilización, fundamentada en la «*völkerrechtliche Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen*», la cual bebe de las fuentes del cristianismo y del Derecho romano. Sobre estos pilares, F.C. von Savigny cimentará en el s. XIX, su construcción doctrinal, hito básico en la historia del D.i.pr. como disciplina científica¹⁶. En tal contexto, la idea de «conflicto de civilizaciones» surge de la creencia de que el D.i.pr. sólo puede regir para una «comunidad civilizada y cristiana»¹⁷; planteamiento por completo superado hoy

14 Esta aplicación indiscriminada de la *lex fori* va siendo paulatinamente superada en ciertos países islámicos en favor de la aplicación de la ley coránica tan sólo a aquellas relaciones de familia en las que se encuentra encausado un musulmán, sea nacional o extranjero, aplicando al resto su ley personal, *vid.* ALDEED ABU-SAHLEH, *L'impact de la religion sur l'ordre juridique. Cas de l'Egypte non-musulmans en pays d'Islam*, Friburgo, Éditions Universitaires Fribourg, 1979. Así, las distintas autoridades religiosas de las diferentes tradiciones que conviven en estos países no fundamentalistas son las competentes para resolver los litigios relacionados con el derecho de familia: «...así como está prohibido que un juez no musulmán se pronuncie sobre el estatuto de un musulmán un juez cristiano es el único competente para pronunciarse sobre el estatuto de los cristianos, *vid.* «Comunicado de las iglesias cristianas», recogido en ALDEED ABU-SAHLEH, *op. cit.*, p. 160. Incluso hay autores que afirman haber llegado a comprobar como el rechazo a la aplicación de la ley extranjera es más frecuente en los países occidentales que en ciertos países islámicos, *vid.*, *ad exemplum*, DÉPREZ, J., *op. cit.* p. 102.

15 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso...*, 3ª ed., *op. cit.*, pp. 63 a 66.

16 Vid. SAVIGNY, F.C. von, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, 1849, nueva edición, Darmstadt, 1956, p. 27.

17 Vid. MERCIER, P., *Conflicts de civilisations et droit international privé Polygamie et répudiation*, Ginebra, Librairie Droz, 1972, pp. 103-105.

sobre la base de los principios de tolerancia y reciprocidad. En el nuevo «D.i.pr. post-moderno», la supuesta superioridad moral de las naciones occidentales debe dejar de interferir en el adecuado manejo de instituciones que, no por ajenas a nosotros, merecen menos respeto y que reclaman, cuando menos, un intento de comprensión a la hora de aplicar una rama del Derecho que cuenta con mecanismos suficientes para buscar el equilibrio entre las diferentes leyes y concepciones en presencia.

Desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos occidentales, sociedades pluriculturales por antonomasia, dos instituciones han estado en el núcleo duro del llamado conflicto de civilizaciones: el matrimonio poligámico y el repudio¹⁸. Algunos Estados europeos ya habían tomado contacto con estas instituciones en la época del colonialismo decimonónico, pero eran más vistas como productos exóticos que como fuente de conflictos. En la actualidad, la concepción de la familia que está detrás de estos y otros institutos desarrolla todo su potencial dentro de las fronteras de los países occidentales, reclamando de sus respectivos derechos tanto el reconocimiento de las situaciones consolidadas al amparo de otros ordenamientos cuanto su posible constitución al amparo de la aplicación de la ley personal como rectora del estatuto familiar.

La reacción de los sistemas de D.i.pr. de los Estados receptores ha pasado por la utilización de todo el arsenal de mecanismos normativos y jurisprudenciales que el D.i.pr. pone a disposición del operador jurídico. La respuesta no ha consistido sólo en el cambio legislativo de los puntos de conexión o en el recurso, en ocasiones grosero, al orden público internacional. También otros procederes más o menos sofisticados han venido en ayuda de un legeforismo no siempre bien disimulado. Así, en un supuesto en el que dos ciudadanos tailandeses pretendían, de conformidad con su derecho nacional, proceder a divorciarse consensualmente, presentando simplemente su decisión ante el registro de la embajada de Tailandia en Bonn, el Bundesgerichtshof recurrió a una calificación procesal para declarar nulo el divorcio. Calificar la cuestión como de naturaleza procesal condujo a través de la conocida máxima *lex fori regit processum*, a la aplicación de la ley procesal alemana, según la cual sólo el juez puede disolver el vínculo matrimonial. La decisión no simplemente sirvió para resolver *in casu*, sino que ha sido codificada, inspirando el apartado 2 del art. 17 del EGBGB, lo que ya implica un componente axiológico mucho más fuerte.

No obstante, se observa, sobre todo a partir de los años setenta, una cierta apertura de los sistemas laicos hacia los ordenamientos de base confesional en el campo de las relaciones privadas internacionales¹⁹. Por una parte, la aplicación del Derecho

18 Vid., *inter alia*, MERCIER, P., *Conflits...*, op. cit., pp. 31-101; MARASINGHE, M.L., «Polygamous Marriages and the Principle of Mutation in the Conflict of Laws», *McGill Law Journal*, vol. 24, 1978, pp. 395-421; MÓNEGER, F., «La poligamie en question...», *Semaine Juridique*, núm. 37, 1990, pp. 3.460-3.461.

19 Vid. ELGEDDAWY, A.K., *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en Droit International privé*, Paris, Dalloz, 1971.

de impronta religiosa es reclamada invocando los Derechos Humanos, en concreto el Derecho a la libertad religiosa, justamente aquél en cuya defensa, como veíamos en el apartado anterior, se justifica el proceso de laicificación característico de los países occidentales. Por otra, la consideración del derecho personal como parte de la identidad cultural del individuo exige la optimización teleológica del instrumental propio del D.i.pr.; rama del Derecho que, como veremos, cuenta con los mecanismos precisos para conseguirla.

4. LA FAMILIA MULTICULTURAL COMO FACTOR DE PROMOCIÓN DE LA PAZ ENTRE LOS PUEBLOS

La protección de la familia multicultural es una de las dimensiones características de lo ha venido a llamarse el Derecho postmoderno²⁰. Cabe preguntarse ahora, sobre todo a partir del conocimiento de los problemas señalados en el apartado anterior (familia multicultural y conflicto de civilizaciones), por el porqué de dicha protección.

Frente a la pérdida de identidad económica que implica la creciente integración de los mercados en estructuras supranacionales se produce una reacción consistente en la reafirmación de la identidad cultural de las personas. Ante esta reacción social, el Derecho no queda impasible y responde en muy distintos planos.

En primer lugar, el desarrollo de la sociedad multicultural se corresponde con el creciente reconocimiento de la continuidad cultural de la persona, inescindible de la de su idea del fenómeno familiar, como un valor digno de protección por parte del ordenamiento jurídico internacional²¹. Frente a políticas de extranjería tendentes, fundamentalmente, a procurar la integración de los emigrantes en la sociedad que les acoge, es preciso recordar decisiones como la de la Comisión para la protección de los Derechos del Hombre de Estrasburgo que, en el marco del art. 8 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²², reconoce a las personas un derecho a la protección de su sistema de vida²³.

En segundo lugar, y en un instrumento internacional más específicamente referido a la familia, la Conferencia de Helsinki, en su Acta final del 1 de agosto de 1975, ya señalaba la necesidad de facilitar la celebración de matrimonios entre ciudadanos de

20 Vid., JAYME, E., «Identité culturelle...», op. cit., pp. 56 a 58.

21 Vid., JAYME, E., «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, (en adelante, *Riv. dir. int. pr. proc.*), n° 2, 1993, pp. 295 a 304, esp., p. 297.

22 Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, (B.O.E. de 10 de octubre de 1979).

23 Decisión de 3 de octubre de 1983, recurso 9278/81, G. y E. c. Noruega, D.R. 35, pp. 30 y ss.

distintos Estados y de proteger a la familia pluricultural, como avales de la paz mundial: «Los Estados participantes examinarán con ánimo favorable, y basándose en consideraciones humanitarias, las solicitudes de permiso de entrada o de salida de las personas que hayan decidido contraer matrimonio con un ciudadano de otro Estado participante. La tramitación y concesión de los documentos necesarios para ese fin y para la celebración del matrimonio se efectuarán de conformidad con las disposiciones aceptadas para la reunificación de familias. Cuando se trate de peticiones de cónyuges de diferentes Estados participantes para que, una vez casados, se les permita a ellos y a los hijos menores de su matrimonio trasladar el domicilio al Estado en que uno de los cónyuges tiene normalmente su residencia, los Estados participantes aplicarán también las disposiciones aceptadas para la reunificación de la familia»²⁴.

El relativismo al que el reconocimiento de la multiculturalidad parece irremediablemente conducir, no significa construir un Derecho desprovisto de valores ni, mucho menos, renunciar a la concepción que en el foro se tiene de las relaciones familiares y personales. Es hoy indiscutible que el D.i.pr. siempre habla desde un foro determinado —en nuestro caso, el español— y no desde el limbo axiológico. Pero los valores adquieren su verdadera dimensión cuando, a la hora de fundamentar la respuesta jurídica, se ponen en contacto con otros, sin prejuicios ni apriorismos²⁵. La tozudez de los hechos nos revela que las relaciones interculturales ya no pueden basarse en la imposición de un determinado modelo sino que tienen que partir de la necesidad y conveniencia de un recíproco enriquecimiento.

Resulta evidente, por ejemplo que, frente a prácticas discriminatorias e incluso atentatorias contra la mujer que están en la mente de todos, nuestras sociedades no pueden renunciar a la defensa de valores constitucionalmente blindados como el respeto por la dignidad humana o la igualdad entre sexos. Mas nada obsta a la modulación inteligente de ciertas respuestas, cuando las divergencias intersistemáticas no son esenciales. ¿Qué peligro hay en reconocer que los efectos de un matrimonio poligámico no son tan distintos de los que provoca la suerte de poligamia sucesiva que trae consigo la fácil admisión del divorcio en nuestros sistemas? ¿Hay realmente algún obstáculo insalvable para admitir que la institución del matrimonio putativo puede adaptarse de modo que conceda ciertos derechos a segundas

24 Las disposiciones aceptadas por los Estados participantes relativas a la reunificación de familias hacen referencia, básicamente, a la necesidad de tramitación rápida, reducción de los requisitos exigidos a un nivel moderado, a la posibilidad de reexamen de las solicitudes rechazadas, a la concesión de permisos especiales para la celebración de contactos entre los miembros de la familia hasta la reunificación, a la conservación de los derechos y obligaciones de los solicitantes de la reunificación, a la promoción de la inserción en el país de destino y principio de equiparación de derechos con los residentes en este último. Vid. *Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa, CSCE. Textos fundamentales*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, 1992, pp. 45 y 46.

25 Vid., SÁNCHEZ LORENZO, S., «Postmodernismo...», *op. cit.*, p. 566.

esposas, tan legítimas como la primera, según las leyes del lugar de celebración del matrimonio»²⁶.

5. EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aunque es en el plano conflictual donde se han sugerido y, en ocasiones, adoptado mecanismos de aplicación y normativos destinados a la toma en consideración de la creciente multiculturalidad de las sociedades occidentales de hoy en día (A.), también daremos cuenta de las propuestas doctrinales y experiencias legislativas tendentes al establecimiento de un derecho material familiar especialmente concebido para las sociedades multiculturales (B.).

A. Mecanismos de defensa de la multiculturalidad en el plano conflictual

Superviviente a revoluciones, crisis y relecturas de todo cuño, la norma de conflicto sigue desplegando toda su potencialidad como categoría normativa a utilizar por el D.i.pr. Tanto su estructura (1.) cuanto los correctivos funcionales diseñados para corregir sus efectos no deseados (2.) y, por supuesto, su aplicación judicial (3.) son susceptibles de orientarse hacia la defensa de la multiculturalidad familiar.

1. Utilización de los elementos estructurales de la norma de conflicto en defensa de la multiculturalidad

En esta sección queremos dar cuenta, siquiera sucintamente, de las posibilidades que la utilización de los elementos estructurales de la norma de conflicto —supuesto de hecho, punto de conexión, consecuencia jurídica— ofrece para conseguir determinados resultados materiales. Respecto al supuesto de hecho, la generalidad de la norma de conflicto favorece la recepción de las instituciones desconocidas en el foro: por ejemplo, y por circunscribirnos a institutos del Derecho de familia, el *talaq*, el *khula* o el *mubaraat* del derecho musulmán. Así, la generalidad con la que ha sido redactado el art. 1 del Convenio de la Haya sobre reconocimiento de divorcios y separación de cuerpos, de 1 de junio de 1970²⁷, ha permitido a la doctrina entender que pudiera incluirse en su ámbito de aplicación a diferentes modalidades de repudio.

26 Vid. la nota de IBRAHIM FADLALLAH a la sentencia del *Tribunal de Grande Instance de Paris* de 17 de junio de 1972, en *Revue critique de droit international privé* (en adelante, *Rev.crit.dr.int.pr.*), 1975, pp. 65 y ss.; GANNAGÉ, P., «La coexistence...», *op. cit.*, pp. 355 y 356.

27 Vid. el texto del convenio en *Journal de Droit International (Clunet)*, 1969, p. 847 y el comentario que, respecto de la cuestión aludida, que realiza MERCIER, P., *op. cit.*, p. 29.

Por lo que hace referencia al punto de conexión —se ha dicho que el D.i.pr. es ante todo un sistema de conexiones— nos parece criticable el recurso unidimensional a la conexión domiciliar en tanto en cuanto implica una opción por la aplicación del Derecho del país de acogida, en detrimento del estatuto personal diferenciado²⁸.

La nacionalidad, el viejo principio manciniano del derecho que sigue a la persona como una sombra, se presenta como una opción más equilibrada en este sentido, si se tiene en cuenta, por un lado, la natural tendencia de los jueces a aplicar su propio derecho y, por otro, el hecho bien conocido de que, en cualquier caso, la aplicación del estatuto personal resultará condicionada por los mecanismos de aplicación de la norma de conflicto: calificación, reenvío, prueba del derecho extranjero y, muy especialmente, el correctivo funcional de orden público.

Pero quizás sea en la orientación material de la consecuencia jurídica donde acabe por comprobarse como, en realidad, puesto que de Derecho se trata, no existe más que una justicia. Nociones como las de «justicia conflictual» o «justicia de D.i.pr.» deben ceder ante la evidencia de normas de atribución que utilizan conexiones alternativas en aras a la obtención de un determinado resultado, de la proyección de ciertos valores o de la protección de ciertas personas: *favor filii*, *favor alimentarii*, *favor matrimonii*, etc. Ejemplos de dicha tendencia se dan tanto en los diferentes sistemas autónomos cuanto en textos de origen convencional. Entre los primeros resulta destacable el juego de conexiones que establece el art. 72 de la ley suiza de D.i.pr.²⁹. Según este precepto, claramente inspirado en el *favor filii*, el reconocimiento del hijo será válido en Suiza si es conforme a la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo o a la ley del domicilio o de la nacionalidad del padre o de la madre.

28 Hasta la Codificación, en coherencia con los planteamientos tradicionales de la estatutaria, la ley aplicable al estatuto personal es la *lex domicilii personae*. La tendencia histórica quiebra con la aparición del párrafo 3º del art. 3 del código napoleónico, que opta por la ley nacional como rectora del estatuto personal. Dicha opción influirá decisivamente en el resto de códigos decimonónicos —entre ellos el español— y recibirá el refrendo de los primeros trabajos de la Conferencia de La Haya de D.i.pr., bajo la influencia de P.S. MANCINI. Desaparecido éste, la ley nacional detiene su expansión y es fuertemente criticada, enarzándose la doctrina en una agria polémica acerca de las excelencias de una u otra conexión. La ley nacional poseería las ventajas de su fácil determinación y previsibilidad, con el inconveniente de su inadecuación a buena parte de las instituciones encuadradas en el estatuto personal; la ley domiciliar, por contra, tendría la virtud de situar a la persona en su *habitat vivendi*, pero carece de estabilidad, dificultando la previsibilidad de la respuesta jurídica. Como intento de superar la polémica por elevación, el movimiento codificador internacional se inclina por la noción de residencia habitual, cuya naturaleza fáctica permitiría sortear los problemas relacionados tanto con la determinación de la nacionalidad cuanto con la del domicilio. En realidad, toda estas propuestas adolecen, en mayor o menor grado, de elevadas dosis de rigidez: sea cual sea la opción elegida, la respuesta será única, imposibilitando la adecuación al caso concreto. La opción por unas u otras es traducción de unos determinados intereses y de una política legislativa claramente ordenada a su defensa por lo que siempre hay un núcleo de cuestiones irreductiblemente sometidos a sus conexiones originales.

29 Ley federal sobre el derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987.

Entre los instrumentos convencionales, puede citarse, *ad exemplum*, el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, del cual nuestro país es parte³⁰. Sus arts. 4 a 8, decisivamente orientados hacia el *favor alimentarii*, parten de la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio mas, si conforme a ésta, el reclamante de alimentos no pudiera obtenerlos, se recurre sucesivamente a la ley nacional común de acreedor y deudor o a la ley de la autoridad que conozca de la reclamación.

En fin, la doctrina también ha señalado tanto la conveniencia de la extensión de la autonomía de la voluntad al derecho de familia cuanto las cautelas con las cuales hay que abordarla³¹. Si bien en los estados confesionales la autonomía de la voluntad es admitida debido al hecho de que la aplicación de la ley confesional reside en la adhesión de las personas a una religión, los estados laicos consideran que el Derecho de familia debe ser objeto de una reglamentación imperativa: no corresponde a las partes elegir la ley que regule sus relaciones sino que corresponde a la ley determinar las relaciones a las que se aplica³². No obstante, no faltan ejemplos de apertura de sistemas laicos hacia la autonomía de la voluntad. En particular, el apartado 2 del art. 9 de nuestro C.C. permite a los contrayentes, a falta de nacionalidad común al tiempo de contraer matrimonio, elegir la ley reguladora de sus relaciones matrimoniales, tanto personales cuanto patrimoniales. Aunque no exento de críticas, precisamente por las limitaciones y condicionantes a que es sometida la autonomía de la voluntad, el precepto ha sido saludado por la doctrina como una clara expresión de las posibilidades de una respuesta legislativa que equilibre las exigencias del respeto a la identidad cultural del emigrante con la garantía de sus aspiraciones a la integración en la sociedad que le acoge³³.

2. Utilización atenuada del correctivo funcional de orden público

Una de las manifestaciones más claras de la penetración del respeto a la identidad cultural como valor que contribuye decisivamente a la defensa de la familia

30 Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 (B.O.E. nº 22, de 16 de septiembre de 1986).

31 Vid. CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruselas, Bruylant, 1992; GANNAGÉ, P., «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1992, p. 425 y ss. Para una aproximación crítica, vid. SCHWIND, F., «Rechtswahl und Personalstatut im österreichisch-jugoslawischen Scheidungsrecht», en *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (en adelante IPRax), 1992, pp. 334-335.

32 Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., *op. cit.*, p. 157.

33 Vid. AMORES CONRADI, M., «Comentario al art. 9.2 del C.C.», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, Secretaría Gral. Técnica del Ministerio de Justicia, pp. 79 a 81.

multicultural es la atenuación del correctivo funcional de orden público³⁴. Especialmente significativa al respecto es la evolución experimentada por la jurisprudencia francesa en materia de matrimonio poligámico. Desde unas primeras posiciones de rechazo frontal a la institución y sus efectos, se abre posteriormente una línea que procura reconocer ciertas consecuencias —económicas y en algunas ocasiones personales— en el país de recepción, utilizando categorías del foro fundadas en el matrimonio monogámico. Así, p. ej., se ha acordado el reparto de la pensión de viudedad o de la indemnización por fallecimiento entre una pluralidad de cónyuges supervivientes o la apertura de los derechos sucesorios a más de una de las esposas del causante³⁵.

De este modo, aunque criticada por algunos autores bajo la acusación de hipocresía³⁶, la teoría del efecto atenuado del orden público o del «papel coordinador del orden público» permite la continuidad en el espacio de algunos de los efectos de situaciones creadas en un ordenamiento jurídico en el resto de ordenamientos.

Por lo que a nuestro D.i.pr. respecta, la doctrina ha señalado como el tajante tenor literal del apartado 3 del art. 12 del C.C. representa un obstáculo para que el juzgador pueda graduar la actuación del orden público en función de las circunstancias del caso³⁷. Por si caben dudas acerca de las posibilidades de utilizar dicho correctivo, basta con comprobar como el artículo 54 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, reconociendo expresamente la existencia de matrimonios poligámicos, impide la residencia en territorio español al cónyuge de un extranjero residente cuando otro cónyuge de éste resida en España³⁸. Si el D.i.pr. español quiere cumplir con sus potencialidades como canal de comunicación intercultural, el legislador debe acometer la revisión de un precepto que, además, constituye una muestra de la descoordinación existente entre las fuentes autónomas y convencionales de nuestro sistema, claramente inspiradas estas últimas en la concepción atenuada del orden público internacional.

34 Tal y como fue formulada por la *Cour de Cassation* francesa en sus decisiones de 11 de abril y 1 de mayo de 1945, la teoría del efecto atenuado de la excepción de orden público implica que el juez del foro no hace jugar la excepción frente a la situación configurada de acuerdo con otro derecho sino frente a los efectos que de la misma se pretenden obtener. Vid. LAGARDE, P., «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation. L'expérience française.», en *Nouveaux itinéraires en droit...*, op. cit., pp. 263 a 282.

35 Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris, de 22 de febrero de 1978.

36 Vid. GANNAGÉ, P., «La coexistence...», op. cit., p. 392.

37 El apartado 3 del art. 12 del C.C. reza así: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público».

38 Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España (B.O.E. núm. 47, de 23 de febrero de 1996).

3. Renovación de la labor judicial en la aplicación del D.i.pr.

La virtualidad de nuestro sistema de D.i.pr. se ve seriamente comprometida por la parquedad normativa y la generalidad de su base decimonónica. Ello conlleva una contradicción implícita entre el sistema y su función, al prever la misma respuesta para solucionar la inmensa gama de problemas que pueden plantear relaciones privadas internacionales de muy variado cuño³⁹. Así, la evidencia y la conciencia jurídica señalan que no es justo tratar de forma idéntica supuestos tan dispares como la disolución de un matrimonio por repudio unilateral o, como es el caso del *khula* o el *mubaraat* musulmán, a partir del mutuo consentimiento de los cónyuges.

A primera vista, la solución pasaría por especializar el sistema hasta su máxima expresión: una norma para cada supuesto. Sin embargo, aunque legislar más es, en principio, posible y, en ocasiones, incluso conveniente, también es una labor que tiene sus límites. Por una parte, en el carácter limitado de la propia experiencia jurídica y, por otra, en uno de los objetivos prioritarios de cualquier sistema de D.i.pr.: la previsibilidad. Parte de la respuesta está en la vilipendiada norma de conflicto y su potencialidad para diversificarse funcionalmente. Con un material hermenéutico —teoría de la aplicación del D.i.pr. en dos escalones (a.)— y normativo —cláusula de excepción (b.)— adecuado, un reducido grupo de preceptos puede multiplicarse para dar una diversidad de respuestas muy superior a su propio número.

a. La teoría de la aplicación del D.i.pr. en un doble estadio o en dos escalones (*zweistufentheorie*).

Se trata de una teoría desarrollada en Alemania, a partir de la recepción de las doctrinas revolucionarias norteamericanas, según la cual el proceso de aplicación del D.i.pr. se puede dividir en dos fases o escalones. El primer escalón consiste en determinar el derecho aplicable a la relación litigiosa, según los esquemas localizadores ya asentados en la tradición internacional privatista. Una vez determinado el Derecho aplicable a una situación privada internacional no existe aún fundamento alguno para considerar acabado el proceso de aplicación del D.i.pr. En numerosas ocasiones, los problemas comienzan tras el estadio localizador. El segundo escalón o estadio materializador, pasa por tener en cuenta, como un hecho más, la internacionalidad del supuesto —es decir, su conexión con otro ordenamiento distinto de la *lex causae*— para pronunciar una decisión justa al aplicar la norma material. Nada más superficial que aplicar el derecho señalado por la norma de conflicto de la misma forma en que se aplicaría a una relación

39 Vid., para todo lo que sigue, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, vol. II, pp. 1.109 a 1.151 pp., esp., pp. 1.128 y 1.129.

doméstica, para la cual está inicialmente concebida. Ese derecho material debe ser entendido como lo que es en realidad, es decir, como la consecuencia jurídica de una norma pensada para el tráfico internacional; en otras palabras, como la mitad de la norma de conflicto⁴⁰. Las posibilidades hermenéuticas que proporcionan los arts. 3.1 y 4.1 de nuestro C.C. parecen suficientes para autorizar tal operación.

La aplicación del D.i.pr. en dos escalones se presenta especialmente adecuada para regular adecuadamente los problemas derivados de la pluralidad de concepciones religiosas, filosóficas, etc., que conviven en el seno de la familia multicultural. La sentencia del Tribunal de Apelación de Hamm (Alemania), de 10 de febrero de 1992, ejemplifica las virtudes de esta construcción al aplicar la *zweistufentheorie* en un caso de divorcio por causa de malos tratos a la mujer. Si bien dicha causa de disolución era admitida por la ley de Marruecos —aplicable en virtud de la norma de conflicto alemana—, el marido alegó que, conforme al concepto mantenido por el Derecho de familia marroquí, no se habían producido malos tratos y que, por tanto, el divorcio no debía ser admitido. El Tribunal interpretó, sin embargo, el concepto de malos tratos conforme al Derecho alemán, pues en Alemania había vivido la mujer todo el tiempo que duró la relación, y, finalmente, concedió el divorcio.

b. La cláusula de excepción

Otra manifestación, esta vez normativa, de la creciente orientación de los sistemas de D.i.pr. hacia la concesión de mayores márgenes de libertad al juez en la determinación de la conexión es la llamada cláusula de excepción⁴¹. Según C.E. Dubler «una cláusula de excepción propiamente dicha hace intervenir el poder moderador del juez, a fin de que la situación jurídica planteada sea sometida a la ley con la que presenta conexiones más estrechas»⁴². En principio, pues, la cláusula de excepción parece estar desprovista de connotaciones materiales y más orientada hacia la consecución de la llamada justicia conflictual que hacia consideraciones axiológicas. Sin embargo, ambos aspectos son difícilmente escindibles y el juez puede —y debe— orientar su respuesta hacia la protección de determinados valores, en lo que a nosotros nos interesa ahora, hacia la protección de la identidad cultural de la persona⁴³. Supongamos

40 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 1.142.

41 Paradigma de la cláusula de excepción es el art. 15 de ley suiza sobre el D.i.pr.: «Art. 15. 1. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. 2. Cette disposition n'est applicable en cas d'élection de droit».

42 Vid. C.E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Ginebra, Georg, 1983.

43 Vid. VISCHER, V. «General Course on Private International Law», *R. des C.*, t. 232, 1992-I, pp. 9-255, esp., p. 109.

que un matrimonio de nacionales argelinos, de religión musulmana y domiciliados en Suiza, plantean un litigio relativo a los efectos del vínculo matrimonial, sobre la base de sus propias concepciones culturales acerca del problema. El juez suizo internacionalmente competente debería aplicar, según el art. 48 de la Ley federal sobre el D.i.pr. la ley del domicilio conyugal, es decir, la ley suiza. No obstante, la cláusula general de excepción del art. 15 del mismo cuerpo legal, autorizaría, en atención a la nacionalidad común de los cónyuges y a su también común profesión religiosa, a aplicar el Derecho argelino. Dicho proceder es perfectamente asimilable desde la cultura jurídica continental. Los posibles riesgos que para la previsibilidad de la respuesta puedan aparecer y los celos que pudiera haber frente a prácticas como legeforismo encubierto o aplicación preordenada por el resultado, primero, no son menores que los que surgen de la puesta en funcionamiento de la norma de conflicto tradicional; segundo, son plenamente asumibles desde la perspectiva del correcto funcionamiento del sistema, y tercero, no se corresponden con el análisis de la jurisprudencia comparada⁴⁴.

B. El desarrollo de un derecho específico de la familia multicultural

Existe una tendencia tanto doctrinal cuanto legislativa favorable a crear normas materiales especiales de derecho familiar para la sociedad multicultural⁴⁵. Doctrinalmente, se ha propuesto la redacción de un código de Derecho de familia específicamente pensado para las personas de religión islámica que viven en Europa⁴⁶. Legislativamente, existen experiencias tanto en los sistemas autónomos cuanto en los instrumentos convencionales.

Los Derechos autónomos que han tenido en cuenta el carácter crecientemente pluricultural de sus sociedades nos ofrecen ejemplos de leyes especiales para algunas de las instituciones más problemáticas tales como el matrimonio poligámico. Uno de ellos es la *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*⁴⁷, recientemente reformada por la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995. La reforma responde principalmente a la necesidad de adaptar la normativa a las nuevas tendencias sociales y jurídicas —a las que el D.i.pr. no es, ni mucho menos, ajeno— que se mueven en una línea de respeto hacia la idiosincrasia de los ciudadanos que cohabitan en un espacio físico, político y jurídico determinado. Así, la sección 5 de la *PIL Act 1995* afirma la validez de los matrimonios potencialmente

44 Vid. CAMPIGLIO, C., «Prime applicazioni della clausola d'eccezione «europea» in materia contrattuale», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 241 a 254.

45 Vid. JAYME, E., «Diritto di famiglia...», *op. cit.*, pp. 302 y 303.

46 Vid. MENDOZZI, S.V., «Islamisches Recht in westlichen Staaten», *IPRax*, 1990, pp. 419 y ss.

47 Vid. SAUNDERS, W., «The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972», en *International and Comparative Law Quarterly*, en adelante *ICLQ*, 1972, pp. 781 y ss.

polígamos contraídos en el extranjero, entre personas domiciliadas en Inglaterra o Gales, siempre que se mantenga su carácter monógamo⁴⁸.

En el plano convencional, es importante destacar el papel de los tratados internacionales que, aunque escasos, suponen un serio intento de acercamiento intercultural. Aunque, por el momento —y hasta donde nuestro conocimiento alcanza—, no existe ningún convenio multilateral específico sobre estas materias, no faltan voces que reclaman una adecuada interpretación de ciertos convenios ya existentes —p. ej., el Convenio de la Haya sobre reconocimiento de divorcio y separación de cuerpos— que permitiría incrementar notablemente sus potencialidades, ampliando su aplicación al reconocimiento de las instituciones más controvertidas⁴⁹. Por nuestra parte, nos contentamos con dar cuenta de dos experiencias bilaterales relevantes, una francesa y otra española.

En primer lugar, son de destacar las convenciones bilaterales establecidas entre Francia y algunos Estados norteafricanos: Convenio franco-marroquí relativo al estatuto personal, familiar y a la cooperación judicial, de 10 de agosto de 1981 y Convenio franco-argelino relativo a los hijos de parejas mixtas separadas franco-argelinas, de 21 de junio de 1988. Por su particular incidencia práctica, nos detendremos brevemente en este último, que parte de la oposición y radical inconciliabilidad entre los derechos francés e islámico por lo que se refiere al ejercicio de la custodia de los hijos. Mientras el primero prima, al igual que el español, el superior interés del menor, que suele coincidir, al menos cuantitativamente, con la atribución de la patria potestad a la madre francesa; el segundo, de base fundamentalmente patriarcal, conduce a un resultado totalmente opuesto. Sea cual sea el derecho nacional aplicable, el Convenio articula un sistema que garantiza al cónyuge privado de la custodia un derecho de visita, así como el retorno del hijo a su residencia, tras la estancia en el país del otro progenitor. Se equilibran, de este modo, las exigencias del posible desarrollo multicultural del menor y las dimanantes de los derechos del cónyuge que tiene atribuida su custodia.

En segundo término, interesa destacar dos avances significativos, acaecidos en nuestro ordenamiento, tendentes a evitar un eventual «conflicto de civilizaciones». Se trata, por un lado, de la firma del Convenio de Cooperación judicial en materia civil mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 y, por otro, de un interesantísimo Convenio hispano-marroquí sobre asistencia judicial reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de Derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997⁵⁰.

48 Vid. OREJUDO PRIETO, P., «Ley Británica de Derecho Internacional Privado de 8 de noviembre de 1995. Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995», *REDI*, 1996-2, p. 343.

49 En este sentido, *vid.* MERCIER, P., *op. cit.*, p. 29.

50 Vid. B.O.E. núm. 151, de 25 de junio de 1997 y B.O.E. núm. 150, de 24 de junio 1997.

5. CONCLUSIONES

No son pocos los Estados de lo que conocemos como mundo occidental que, bien de forma expresa —Australia, Estados Unidos— o bien de forma tácita —Holanda, Francia, Reino Unido— se mueven entre el reconocimiento de su propia condición como sociedades multiculturales *ad intra* y la articulación de políticas restrictivas *ad extra*. El paso siguiente debería pasar por el reconocimiento de la diversidad que viene de fuera como otro factor digno de ser protegido, —en la medida en que lo sea— y no sólo y simplemente combatido por sistema.

Para el jurista ello puede y, en nuestra opinión debe, pasar por utilizar adecuadamente todo el instrumental que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para la adecuación de la aplicación del Derecho a la realidad del tiempo que vivimos. En especial, el D.i.pr. posee todo un arsenal de posibilidades, tanto nomogénicas cuanto de construcción jurisprudencial, que puede contribuir a buscar una solución equilibrada a los conflictos que, inevitablemente, se suceden en el seno de la familia multicultural; al igual, por lo demás, que «en las mejores familias».

Desde un punto de vista técnico, ninguna de las posibles alternativas debe desdeñarse. En primer lugar, cabe maximizar las posibilidades de utilización de los elementos estructurales de la norma de conflicto. Tanto la flexibilización del sistema conflictual a través de una cláusula general de excepción que permitiera un adecuado balance entre las conexiones personales y territoriales, cuanto la recepción por nuestra jurisprudencia de construcciones como la de la aplicación del D.i.pr. en dos escalones permitirían reafirmar las potenciales virtudes de la tan denostada norma de conflicto. En segundo término, también la creación de un D.i.pr. material especialmente pensado para regular las relaciones de familia multiculturales puede contribuir a extraerlas del terreno del denominado «conflicto de civilizaciones». Pero la construcción de este Derecho sólo puede hacerse en la medida en que nos situemos en un punto de equilibrio entre las diferentes concepciones en presencia. El desarrollo, siquiera parcial, de normas materiales especiales de D.i.pr. de origen convencional parece la mejor garantía para el éxito de ese empeño. En suma, el D.i.pr., nuestro D.i.pr., tiene que guardarse de imponer sistemáticamente las concepciones occidentales, puesto que puede y debe realizar un gran servicio a la causa de la paz y la mutua comprensión entre las culturas y los pueblos que las sustentan.

ESTUDIOS
EN HOMENAJE AL
PROFESOR MARTÍNEZ VALLS

Volumen II

Ed. Área de Derecho Eclesiástico del Estado

Manuel Alenda Salinas

Rosa García Vilardell

Nieves Montesinos Sánchez

Matilde Pineda Marcos

Rafael Sala Limiñana

Dolores Sánchez Espín

UNIVERSIDAD DE ALICANTE